

# ANALISI E DIRITTO

## 2009

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

## Indice

	<i>pag.</i>
<b>Recorridos conceptuales en la teoría del Derecho</b> , a cura di Maribel Narváez Mora	9
<i>Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre reglas ad hoc y sub specie aeternitatis</i> , di Juan Manuel Pérez Bermejo	11
<i>Tre esercizi per una critica dell'oggettivismo morale</i> , di Pierluigi Chiassoni	61
<i>Una (relativa) refutación del relativismo moral</i> , di José Juan Moreso	89
<i>Oggettivismo e relativismo: alcune definizioni e una proposta</i> , di Vittorio Villa	99
<i>Cuento de navidad</i> , di Manuel Atienza	115
<b>La dichotomie faits/valeurs en question. Points de vue croisés</b> , a cura di Jean-Yves Chérot e Eric Millard	119
<i>La Notion de «chose» chez Durkheim, Husserl et Freud. A propos des deux dichotomies «faits-valeurs» et «être-devoir être»</i> , di Raphaël Draï	121
<i>La distinction fait/valeur en théorie économique: trois temps fondamentaux d'une histoire mouvementée</i> , di Claude Gamel	135
<i>La distinction entre "scepticisme externe" et "scepticisme interne" chez Dworkin</i> , di Yean-Yves Chérot	155
<i>Le concept hartien d'obligation juridique</i> , di Stephen Utz	165
<b>Saggi</b>	
<i>Scetticismo interpretativo moderato e lacune del diritto</i> , di Filippo Cottone	179
<i>Norme giuridiche complete</i> , di Luís Duarte d'Almeida	197

INDICE

<i>Garantismo e dottrina pura a confronto</i> , di Riccardo Guastini	213
<i>Under What Conditions Can We Speak of the Law as a System of Norms?</i> , di Giulio Itzcovich	225
<i>La doctrina del doble efecto y el problema de la cercanía</i> , di Laura Manrique	239
<i>A Note on the Logical Form of Legal Principles</i> , di Giovanni Battista Ratti	273
<i>Principle or Ideology? A Comparatist Perspective on the U.S. Controversy over the Supreme Court Citations to Foreign Authorities</i> , di Michel Rosenfeld	291

# Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre reglas *ad hoc* y *sub specie aeternitatis*

Juan Manuel Pérez Bermejo \*

«¡Caramba!, ¿qué le he dicho a Lambert sobre los principios? Le dije que no hay principios, sino únicamente casos particulares. ¡He mentido, requetementido!»

F. Dostoyevski, *El adolescente* (1875),  
Barcelona, Juventud, 2004, p. 508.

## Resumen

El ensayo presupone que cualquier teoría del derecho sensata ha de conjugar dos intuiciones básicas: a) El derecho se compone de normas generales que atribuyen las mismas consecuencias jurídicas a todos los casos que encajan en sus descripciones fácticas. b) Intérpretes y aplicadores cambian el sentido o el significado de las normas, y corrigen el que venía aplicándose hasta entonces. Presumir que las normas jurídicas son derrotables es presumir la dificultad y, en última instancia, la imposibilidad de sostener la intuición a). Frente a ello, el artículo defiende que es posible armonizar ambas intuiciones, y que el mejor camino para lograrlo es una teoría del derecho principialista debidamente interpretada. A la luz de dicha teoría, podemos reinterpretar las tradicionales denuncias de derrota normativa como fenómenos de determinación o de corrección de las normas del sistema, casos análogos a los supuestos teóricos de revisión de creencias y compatibles con ideas robustas de normatividad o vinculación de la conducta mediante reglas.

**Palabras clave:** Derrotabilidad. Particularismo. Peso. Coherencia. Regla.

## Abstract

This essay presumes that any sensible legal theory must harmonize two basic intuitions: a) Law consists of general norms that attribute the same legal consequences to any case fitting their factual descriptions; b) law is context-sensitive: when they interpret and apply existing norms, legal agents may change their

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Salamanca, [jbermejo@usal.es](mailto:jbermejo@usal.es).

sense and meaning, and correct the prevailing ones. To assume that norms are defeasible is to assume the difficulty and, eventually, the impossibility of sustaining intuition a). Against this assumption, this essay defends that it is possible to integrate both intuitions, and the best way to achieve it is a rightly interpreted principlalist theory. From this theoretical framework, we can explain the traditional claims of normative defeat as cases either of determination or correction of the norms of a legal system, instances that are analogous to the change of our beliefs, and compatible with robust statements of normativity or the subjection to rules of our behaviour.

**Keywords:** Defeasibility. Particularism. Weight. Coherence. Rule.

## Introducción

Es frecuente presentar los problemas filosóficos como choques de intuiciones: varias afirmaciones relativas a un determinado dominio parecen obviamente verdaderas, pero su coexistencia, a primera vista, es imposible. Creo que el trasfondo de lo que llamamos el problema de la derrotabilidad del derecho es también un choque entre dos intuiciones: la primera de ellas resume el carácter normativo del derecho, mientras que la segunda proviene del medio social cambiante y complejo en que se desenvuelve.

a) El derecho se compone mayormente de normas generales que tratan de modo uniforme, sin excepciones, todos los casos que se ajusten al supuesto de hecho que describen.

b) La aplicación del derecho es sensible al entorno; por esta razón, los intérpretes y aplicadores del derecho cambian el sentido o el significado de las normas vigentes, y corrigen el que venía aplicándose hasta entonces.

Estas dos afirmaciones describen fenómenos familiares de nuestra práctica jurídica, y cualquier teoría del derecho verosímil deberá reconocerlos en alguna medida. Sin embargo, se trata de afirmaciones que, en apariencia, son difícilmente conciliables. Desde la intuición a), las normas imputan rígidamente una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho descrito mediante una serie de propiedades fijas; sin embargo, esta previsión de fijeza o de estabilidad se contradice con el escenario de jueces que reinterpretan la comprensión de los supuestos de hecho hasta entonces vigente, y que no aplican la consecuencia jurídica a casos que, de acuerdo con la interpretación hasta entonces dominante, encajaban en dicha descripción. Por otro lado, la intuición b) nos permite separar un caso descrito por una regla de su consecuencia jurídica debido a una nueva comprensión de los términos de la ley; sin embargo, esta decisión supone tratar ese caso de distinto modo a como se había tratado hasta entonces, lo que quiebra la intuición normativista básica de que las normas tratan del mismo modo casos iguales.

Existe una forma cómoda de solucionar un choque de intuiciones, y es negar totalmente alguna de las intuiciones en disputa. Pese a su comodidad, el reme-

dio es, obviamente, contraintuitivo. Algunas teorías del derecho han procedido de este modo, y han prescindido por completo de alguna de las dos fuentes de tensión. Según se descarte una u otra pueden distinguirse dos concepciones del derecho que, por olvidar algunos aspectos familiares de la práctica jurídica, destacan por su radicalidad y su difícil aceptación. Cada una de ellas desempeñará en este ensayo un papel de Escila o Caribdis, razón por la que habré de perfilarlas brevemente.

Entenderé que quienes niegan la intuición b) obedecen una concepción “regulista” del derecho<sup>1</sup>. El regulismo describe el derecho como una lista fija de reglas generales, las cuales, a su vez, solucionan un elenco discreto de supuestos de hecho delimitados mediante un número cerrado de propiedades relevantes. El sentido o el significado de cada supuesto de hecho queda definitivamente asentado mediante la combinación de las propiedades relevantes mencionadas en su regla correspondiente. La aplicación del derecho queda circunscrita al examen de este cuadro tasado de propiedades relevantes: si se verifican las propiedades del supuesto de hecho de una regla, se imputará mecánicamente la consecuencia jurídica. En cuanto aplicador del derecho vigente en su sistema jurídico, el juez no puede alterar el significado del supuesto de hecho introduciendo nuevas propiedades relevantes o sustrayendo otras: una operación semejante sólo podría estar justificada mediante una norma jurídica nueva, no prevista en la lista fija de reglas generales; pero, en el regulismo, el sistema jurídico se identifica con la lista discreta de reglas, y se rechaza el valor jurídico de criterios implícitos o razones subyacentes. Una teoría regulista puede admitir que los jueces disfrutan de poderes discrecionales para resolver los problemas de interpretación y aplicación del derecho una vez agotado el catálogo de reglas; sin embargo, la teoría no contempla que los jueces estén autorizados a excepcionar las reglas generales del sistema jurídico mediante supuestas normas implícitas o subyacentes.

El regulismo puede ser identificado en posiciones como las que Dworkin denomina “convencionalismo estricto”, en el “paleo-positivismo” descrito por Ferrajoli o en lo que Schauer llama un “modelo de reglas radicalmente atrincherado”<sup>2</sup>. Schauer insiste en el aspecto que más nos interesa: en el modelo que describimos, las reglas se destacan como instrumentos uniformadores o estabilizadores de la práctica, y toda su virtualidad radica en su opacidad ante las reivindicaciones de diferencia o de excepcionalidad. Por eso Schauer define el modelo como un modelo de separación radical entre las reglas, limitadas a una suma de propiedades relevantes, y las razones subyacentes que legitimarían la excepción y la diferencia añadiendo o sustrayendo propiedades relevantes a las previstas en la regla. La separación es radical porque las reglas adquieren su dimensión

<sup>1</sup> Mi descripción del regulismo se inspira en la conocida construcción de Brandom, pero ni coincide con ésta ni obedece a los mismos propósitos. Vid. R. Brandom: *Making it Explicit*, Cambridge, Harvard University Press (en adelante UP), 1994, pp. 18-20.

<sup>2</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard UP, 1986, p. 124; L. Ferrajoli, *Derecho y razón* (1989), Madrid, Trotta, 1995, p. 19; F. Schauer, *Las reglas en juego* (1991), Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 42 y ss.

más verdadera precisamente cuando más visible es su opacidad ante las razones subyacentes: allí donde una razón moral o extrapositiva pudiera tener más fuerza para justificar excepciones, allí es donde la regla, excluyendo el vigor de estas razones, se comporta más genuinamente como regla<sup>3</sup>.

Quienes se liberan de todo compromiso con la intuición a) profesan una concepción “particularista” del derecho<sup>4</sup>. Para los particularistas, las reglas definen los casos de acuerdo con una información limitada y una lista contingente de propiedades relevantes. El contacto con la práctica, siempre compleja y heterogénea, desbordará pronto la lista cerrada de propiedades relevantes, y obligará a admitir excepciones continuas que negarán el carácter necesario de la relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. La primera tesis del particularismo es que no hay supuestos de hecho invariables o inmunes al contexto, de modo que pudiéramos contar como seguro que si se verificara un determinado supuesto de hecho se aplicaría la consecuencia jurídica prevista para él<sup>5</sup>. La regla general “ $p \rightarrow r$ ” puede ser válida y eficaz en un buen número de contextos, pero el intérprete no tardará en situarse en un contexto en el que descubrirá la circunstancia relevante  $q$ , de la cual resulta “ $p \wedge q \rightarrow \neg r$ ”. Podría, sin embargo, describirse estas situaciones como un mero proceso de corrección o de sustitución de una regla primitiva por otra más perfeccionada. Sin embargo, sería un exceso de confianza suponer que, en estos casos, nos hemos limitado a corregir una regla por otra, porque la lista de excepciones potenciales es siempre

<sup>3</sup> «Contemplamos así las reglas como un fenómeno esencialmente frustrante, ya que ejercen su influencia obstaculizando el camino», F. Schauer, *op. cit.*, p. 147. Es cierto que, distinguiendo entre distintos modelos de aplicación judicial de las reglas, Schauer no opta por un modelo puramente atrincherado (el modelo de decisión “basado en reglas”), sino por otro levemente más moderado (el “positivismo presuntivo”). Sin embargo, sus observaciones generales sobre la naturaleza de las reglas capturan la esencia de lo que hemos llamado “regulismo”. De hecho, cualquier revisión o cuestionamiento de la regla es juzgado por Schauer como una forma de particularismo o de “modelo conversacional”, justo el modelo general sobre la naturaleza de las reglas opuesto al “atrincherado”. F. Schauer, *op. cit.*, p. 138. Por último, la preferencia de Schauer por el carácter atrincherado de las reglas ilumina un aspecto interesante, aunque secundario, del regulismo: en este modelo, las reglas se caracterizan por su fuerte localismo. Cada regla es soberana dentro de su ámbito de validez, y resulta criticable que su autoridad se vea condicionada por reglas destinadas a otros usos: «Por consiguiente, para que las reglas operen como reglas dentro del sistema, no es suficiente que se las trate como atrincheradas con respecto a sus propias justificaciones generadoras. También deben ser tratadas como atrincheradas con respecto a otras reglas», F. Schauer, *op. cit.*, p. 252. El regulismo es una teoría atomista, lo que contrastará con el holismo postulado en este ensayo.

<sup>4</sup> Elijo este término propio de la teoría moral por su mayor uso en los debates sobre derrotabilidad; en la teoría jurídica, que conoce de antiguo sus argumentos, sería más familiar referirse a un pensamiento casuista o problemático. Un precursor válido de estas tesis es, por ejemplo, T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, Bech, 1953.

<sup>5</sup> R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford, Clarendon, 1963, p. 18; J. J. Moreso, *Cristina Redondo sobre razones y normas*, en “Doxa Discusiones”, 5, 2005, p. 74. La tesis se presenta muchas veces en el contexto de la semántica y la teoría del lenguaje. *Vid.*, por ejemplo, B. Celano, *¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?*, en “Doxa Discusiones”, 5, 2005, p. 120. Por supuesto, aquí no podemos explorar las conexiones entre el particularismo moral y una interpretación peculiar del pragmatismo del segundo Wittgenstein. *Vid.* J. McDowell, *Virtue and Reasons*, en J. MacDowell, *Mind, Value and Reality*, Cambridge, Harvard UP, 1998, pp. 58 y ss.

infinita<sup>6</sup>, y la supuesta regla correctora es tan derrotable como la regla corregida. Tomar nota de cada corrección convertiría el antecedente de cada regla en un libro inmanejable e inútil, porque quedaría enmendado a mitad de su lectura; en rigor, un antecedente de este tipo quedaría convertido en una descripción casuística del problema, y no en la premisa de un razonamiento jurídico<sup>7</sup>. El particularismo subraya las condiciones de incertidumbre en las que se desenvuelve nuestro conocimiento (teórico y práctico), de las que se desprende la imposibilidad de prever circunstancias con las que generalizar supuestos de hecho<sup>8</sup>. De esta imposibilidad se desprende la segunda tesis del particularismo, que es la degradación del papel de lo que llamamos “reglas”: si las reglas se excepcionan y moldean de acuerdo con las contingencias de la práctica, entonces no pueden comprenderse como sujeciones necesarias de nuestra conducta, sino como meras informaciones auxiliares siempre corregibles<sup>9</sup>. Las reglas no establecen una relación de imputación o de necesidad práctica entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, ni pueden interpretarse como razones excluyentes: todo lo más, formu-

<sup>6</sup> J. Dancy, *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 81; J. Dancy, *Ethics without Principles*, Oxford, Clarendon, 2004, pp. 94-95. Además de infinitas, las excepciones son de naturaleza muy variada: condiciones de posibilidad (*enablers*), circunstancias favorecedoras (*favourers*), intensificadores (*intensifiers*...), *ivi*, p. 52.

<sup>7</sup> J. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 6-7.

<sup>8</sup> Ninguna propiedad puede ser así “codificada”. M. Little, *Moral Generalities Revisited*, en B. Hooker, M. Little (eds.), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon, 2000, p. 289.

<sup>9</sup> El papel de las reglas dentro del particularismo suele ser utilizado como criterio de separación entre un particularismo más o menos conciliable con el uso de normas generales (Little, MacNaughton, Celano...) y otro supuestamente más radical y destructivo de cualquier idea de normatividad (Dancy). En este ensayo no puedo entrar a discutir estos matices, pero, en general, creo que la teoría particularista de las reglas, tal y como aquí se esboza, es compatible con una y otra versión. Por un lado, el particularismo “moderado” no es tan moderado. Es cierto que éste reconoce la existencia de lo que llamamos “reglas” en forma de presunciones o *rules of thumb*. Sin embargo, también subraya que éstas son meras generalizaciones útiles de valor epistémico, un simple auxilio intelectual siempre refutable por las circunstancias del caso, y no una necesidad práctica. M. Little, *op. cit.*, pp. 295, 298. Por otro lado, el particularismo radical tampoco es siempre tan radical. Dancy, por ejemplo, formula un concepto que podría aproximarle a la idea de las reglas como presunciones revisables: el concepto de las razones *default*. Éstas son razones que parecen tener un valor acontextual, y que juzgamos relevantes sin necesidad de aportar explicaciones, basándonos únicamente en nuestra experiencia pretérita. Sin embargo, Dancy añade a renglón seguido que ello no las convierte en reglas con sentido normativo, y que una razón *default* no es nunca una razón invariable (J. Dancy, *Moral Reasons*, cit., pp. 26, 103; *Ethics without Principles*, cit., pp. 112 y ss). Sin duda, es cierto que existen diferencias. Por ejemplo, Dancy matiza seriamente el papel epistémico de las reglas si interpretamos éste como un valor probabilístico. Podríamos afirmar, por ejemplo, «la circunstancia *x*, cuya consecuencia jurídica es *y*, es tomada como propiedad relevante necesaria y suficiente en un porcentaje *V* de los casos» o «las cosas con la propiedad *F* tienden a ser moralmente correctas». Para Dancy, sin embargo, nuestra incertidumbre ante las excepciones potenciales también nos impide asignar probabilidades y reconocer tendencias, lo que relativiza el auxilio intelectual que nos puedan prestar las reglas. J. Dancy, *Ethics without Principles*, cit., pp. 96-103. Pero, al margen de estas diferencias, entiendo que en cualquier versión particularista las reglas cumplen una función de «muletas prescindibles» del juicio (J. Dancy, *Ethics without Principles*, cit., p. 142), «instrumentos intelectuales» siempre abiertos a la rectificación (J. D. Wallace, *Ethical Norms, Particular Cases*, Ithaca, Cornell UP, 1996, p. 42) o presunciones más o menos útiles y refutables. Para el particularismo, las decisiones no se toman en función de una regla, sino de un examen general de las circunstancias del caso en el cual las reglas, a lo sumo, contribuyen como razones auxiliares.



lan máximas de experiencia o previsiones de tipo causal o empírico, y constituyen herramientas epistémicas que resultan unas veces confirmadas, pero otras desmentidas en contextos similares. Finalmente, la tercera tesis dispone que si las reglas quedan degradadas a esta condición auxiliar y epistémica, también las operaciones lógicas e inferenciales a partir de reglas quedarán desmentidas como fórmulas idóneas para resolver casos. El particularismo revive en buena medida la vieja proclama de la tópica jurídica según la cual la jurisprudencia no es una ciencia, sino un “arte” o un “estilo” que requiere del intérprete sensibilidad para captar las circunstancias diferenciales de cada caso<sup>10</sup>. El intérprete o el aplicador no operan mediante inferencias lógicas<sup>11</sup>, sino desde una consideración supuestamente holista del caso en la cual prescinde de la consideración atomista de cada circunstancia, y se concentra en la estructura o la figura general del problema considerado como un todo<sup>12</sup>. La solución al caso no proviene de un razonamiento lógicamente articulado, sino del despliegue de un saber frónético, de una sensibilidad especial que permite identificar las circunstancias *salient* o verdaderamente relevantes<sup>13</sup>. Una vez tomada la decisión, el intérprete no podrá

<sup>10</sup> T. Viehweg, *op. cit.*, p. 95.

<sup>11</sup> J. Dancy, *Ethics without Principles*, cit., pp. 01-109, 154.

<sup>12</sup> J. Dancy, *Moral Reasons*, cit., p. 101; *Ethics without Principles*, cit., p. 103. Esta idea se inspira en D. Ross: la evaluación moral atiende a la “naturaleza completa” de lo que se evalúa; es *toti-resultant*, no *parti-resultant* (ivi, p. 91). El uso que el particularismo hace del término “holismo” es problemático. En primer lugar, el holismo no es un argumento necesario para el particularismo. Para sus representantes, “holismo” significa que las razones morales no son invariables respecto al contexto, sino dependientes del mismo, porque estas razones cambian en función de las contingencias y los cambios de cada escenario concreto. M. Little, *op. cit.*, p. 280; B. Hooker, *Moral Particularism: Wrong and Bad*, en B. Hooker, M. Little (eds.), *Moral Particularism*, cit., p. 13; J. Hage, *Reasoning with Rules*, cit., p. 116. Sin embargo, esta tesis no es exclusiva del particularismo, y podría ser aceptada por teorías generalistas. En sentido inverso, es posible defender una tesis casuista o particularista sin depender de esta definición de holismo y abrazando así lo que estos autores llamarían “atomismo”: «tal atomismo se limitaría a tomar nota de cada ejemplo, y a sugerir que las cosas que pueden funcionar como razones son tan numerosas y diversas que no pueden ser codificadas», S. McKeever, M. Ridge, *What Does Holism Have to do with Moral Particularism?*, en “Ratio”, 18, 2005, p. 13. En segundo lugar, el sentido que estos autores atribuyen al término “holismo” no es consistente con su acepción filosófica más común. Creo que el sentido más ortodoxo del término podemos hallarlo en epistemología, concretamente en la teoría de la justificación. Una justificación holista es una justificación que toma como premisa el sistema completo de argumentos del dominio que se trate. Dancy no puede estar de acuerdo con esta versión, porque no reconoce la existencia de ningún sistema previo, y el resultado es que las teorías holistas más tradicionales, paradójicamente, serían para él teorías atomistas: teorías holistas como las de Bradley, Rescher, Bonjour, Dworkin, etc. encajan fielmente en su definición de atomismo (J. Dancy, *Ethics without Principles*, cit., p. 94). Mi interpretación es que lo que los particularistas llaman “holismo” debiera ser entendido más propiamente como “contextualismo”; como expresa Little, «el brochazo de rojo que ayuda a distinguir un buen cuadro puede ser la ruina de otro[...] Si un rasgo cuenta como razón moral es un rasgo ineludiblemente dependiente del contexto de fondo», M. Little, *op. cit.*, p. 280. Esto explica que, para algunos autores, el holismo de Dancy sea un holismo anómalo o defectuoso: *vid.* Brown, que opone el holismo adiconista de Dancy al holismo invariabilista clásico en *Two Kinds of Holism about Values*, en “The Philosophical Quarterly”, 57, 2007. En lo que sigue, no hablaré en el particularismo de holismo, sino de contextualismo.

<sup>13</sup> Aunque el particularismo y la tópica nieguen el carácter subjetivo de la toma de decisiones (M. Little, *op. cit.*, p. 282), son conocidas sus dificultades a la hora de describir esta sensibilidad en la captación de lo *salient*. En los particularistas morales, esta facultad tiende a interpretarse como una

“justificar” ésta en el sentido lógico del término, pero sí “explicar” totalmente la naturaleza del caso, y convencernos de que la solución es la más apropiada a dicha naturaleza<sup>14</sup>.

Invocar la derrotabilidad de las normas es invocar la dificultad y, en última instancia, la imposibilidad de sostener la intuición a). *En sentido amplio*, podemos definir la derrota de una norma como su no aplicación en un caso particular en el que es válida y obligatoria. Esta elusión de las normas jurídicas en situaciones donde son *a priori* obligatorias despoja a las mismas de las ideas de “necesidad” o de “vinculatoriedad” normalmente asociadas a la normatividad del derecho. *En sentido estricto*, la derrotabilidad de las normas puede ser presentada de dos formas, una acudiendo al problema de la validez de las normas y otra a la lógica de las mismas. En primer lugar, la derrotabilidad de las normas alude a la imposibilidad de definir o de delimitar su ámbito de validez de una forma fija y estable. Las normas parecen definir con precisión sus supuestos de hecho combinando una serie de criterios o de paradigmas que delimitan su ámbito de validez mediante unos contornos fijos y estables. Sin embargo, la práctica enfrentará las normas con una cantidad innumerable de excepciones o supuestos que van a vulnerar dichas fronteras: habrá casos particulares que responden a la descripción de la norma, pero que escapan a su aplicación, y habrá otros en principio ajenos a su descripción, pero que terminarán incorporados a su ámbito de validez. La norma queda derrotada porque los perfiles de su ámbito de validez o de obligatoriedad son continuamente socavados o traspasados. Y si el supuesto de hecho de la norma es indefinido y puede ser continuamente excepcionado, éste no puede funcionar como una condición necesaria y suficiente de su consecuencia jurídica, lo que nos conduce a la dimensión lógica del problema. Desde el punto de vista lógico, los fenómenos a los que alude la derrotabilidad son quiebras de algunas leyes de la lógica de condicionales. Suponiendo ahora que una norma es un enunciado condicional en forma “ $p \rightarrow r$ ”, siendo  $p$  el supuesto de hecho y  $r$  la consecuencia jurídica, se da el caso de que el refuerzo del antecedente no preserva la consecuencia jurídica: “ $p \wedge q \rightarrow \neg r$ ”, siendo  $q$  el *defeater* o excepción reconocida; los condicionales derrotables son “no monotónicos” porque sus conclusiones no se preservan y pueden ser invalidadas por información adicional<sup>15</sup>. En suma, que

---

facultad análoga a la perceptiva, y que puede identificarse con la que movilizamos a diario en el uso de los conceptos del lenguaje; la familiaridad con el *background* y con las diferentes prácticas sociales es en ella decisiva. Ivi, p. 292; J. McDowell, *Values and Secondary Qualities*, en R. Shafer-Landau, T. Cuneo (eds.), *Foundations of Ethics*, Malden, Blackwell Publishing, pp. 137 y ss.

<sup>14</sup> J. Dancy, *Moral Reasons*, cit, pp. 112-113. Aunque a veces se apele a la coherencia narrativa, ésta es en el particularismo una coherencia muy extraña, porque rechaza una razón de coherencia tan arraigada en la literatura coherentista como la consistencia con las decisiones tomadas en el pasado. Ivi, pp. 112-114.

<sup>15</sup> Como expresa MacCormick, en las condiciones derrotables ocurre que la función de implicación no hace su trabajo. Tampoco se verifica el *modus ponens*: «Si  $p$  implica “derrotablemente”  $q$ , y suponemos  $p$ , la consecuencia es “ $q \vee \neg q$ ”», N. MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, en Z. Bankowski et al. (eds.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995, pp. 113-114.

se verifique el supuesto de hecho previsto por la norma no es condición suficiente para que se verifique la consecuencia jurídica<sup>16</sup>.

Desde el mirador del regulismo, los fenómenos anteriores serían fenómenos patológicos y excepcionales en cualquier sistema jurídico desarrollado. Pero, para el particularismo, estos fenómenos son familiares e inevitables, y, si ello es cierto, la derrotabilidad nos conduce a las tesis por él señaladas como por una suerte de pendiente resbaladiza, sin que sea posible detenerse en pasos intermedios: si la regla está sometida a una lista abierta de excepciones, su ámbito de validez no está garantizado; y si se vulneran leyes como el *modus ponens*, el refuerzo del antecedente o la monotonicidad, entonces no hay lógica de las normas ni relaciones inferenciales entre las mismas.

Señalados los dos escollos en nuestro mapa, la pregunta es si resulta posible construir una teoría integradora que concilie las intuiciones a) y b) sin verse arrasada hacia los extremos del regulismo o del particularismo, o si, por el contrario, hemos de resignarnos a elegir entre lo uno o lo otro. Mi respuesta es que esa teoría integradora es posible. Ahora bien, para presentar esta respuesta de mejor forma, es útil plantear antes una pregunta distinta: ¿cuál es la razón por la que puede constatarse en la doctrina una preocupación creciente por el problema de la derrotabilidad? A mi juicio, la respuesta a la última pregunta puede hallarse en la emergencia de las teorías que podemos reconocer como “principalistas” o “constitucionalistas”. Entenderé por teorías de este tipo las que reconocen la existencia de principios morales implícitos o razones subyacentes como parte del sistema jurídico y como argumentos jurídicos válidos en la interpretación y aplicación del derecho. El argumento que gravita en muchas discusiones actuales sobre derrotabilidad es, en el fondo, una denuncia: la imposibilidad de que los autores que defienden estas teorías “principalistas” eludan las conclusiones teóricas del particularismo. Para teorías como las de Dworkin o Alexy, los sistemas jurídicos son conjuntos de principios y reglas. Por su generalidad, los principios entran frecuentemente en competencias aparentes que han de ser resueltas por los jueces mediante operaciones en las que se establece cuál es el principio aplicable al caso. Ahora bien, para muchos esto significaría: 1) Que los principios son normas derrotables y frecuentemente derrotadas; en concreto, lo serían cada vez que son desplazados de la solución de un caso para el que son *a priori* competentes. 2) Las prioridades entre principios que establecen los jueces son casuistas y *ad hoc*: son válidas para el caso particular objeto de consideración, pero no son

---

<sup>16</sup> Como es sabido, el origen del concepto se halla en H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951, p. 152. En torno a las intenciones de Hart en este artículo, G. P. Baker, *Defeasibility and Meaning*, en P. M. S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon, 1977, pp. 26 y ss. Sobre la lógica de condicionales derrotables: C. E. Alchourrón, *Philosophical Foundations of the Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, en J. J. Meyer, R. J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Sciences: Normative System Specifications*, New York, Wiley & Sons, 1993; *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, “*Studia Logica*”, 57, 1996; *Para una lógica de las razones prima facie*, “*Análisis filosófico*”, 16, 1996. Podrá advertirse que la definición en sentido estricto encaja muy difícilmente con un particular tipo de norma: los principios; trataré de conciliar ambas cosas en el epígrafe 1.

preservadas necesariamente para otros casos en los que, a las circunstancias del caso particular anterior, añadan otras que puedan convocar otras valoraciones o principios diversos<sup>17</sup>. 3) Las reglas son normas siempre derrotables. En el modelo principialista, éstas son interpretadas como expresiones o concreciones de principios. Así las cosas, las reglas también entrarán en conflicto con los principios que se opongan al principio del que son expresión, y el conflicto puede derivar en la derrota de la regla<sup>18</sup>. En suma, un sistema concebido como un “orden de principios” concebirá también su interpretación y su aplicación como una serie de decisiones particulares y casuistas<sup>19</sup>.

Sin embargo, la posición que defiendo en este ensayo es que una teoría “principialista” debidamente interpretada es la única que permite reunir las intuiciones a) y b), es decir, conciliar normatividad y adaptación al cambio en el sistema jurídico merced a su combinación de reglas y de principios. El inciso “débida-mente interpretada” resulta aquí crucial: sin duda, existen algunas formas de presentar una teoría “principialista” que se muestran vulnerables a los síntomas de derrotabilidad y a las tesis particularistas, y en las cuales pueden hallar cierta lógica los recelos contra este tipo de teorías. Existen, sin embargo, otras descripciones que logran rehuir estos problemas, y explicar los supuestos fenómenos de derrota o destrucción normativa como fenómenos de otro tipo.

El resto del trabajo trata de desarrollar estas últimas ideas.

El primer epígrafe se propone identificar los fenómenos de la vida jurídica que pueden plantear verdaderos problemas de derrotabilidad.

El segundo epígrafe se concentra en las supuestas derrotas de principios. En él se explicará que las teorías principialistas han sido a veces presentadas admitiendo de buen grado la existencia de conflictos y derrotas entre principios. El problema es que, bajo estas descripciones, subyacen teorías morales erróneas o incompatibles con la práctica jurídica. Una forma correcta de presentar las teorías principialistas logra, sin embargo, rehuir la imagen de conflicto y derrota entre principios.

El tercer epígrafe se concentra en las supuestas derrotas de reglas, y defenderá que estas situaciones son casos de corrección o rectificación de nuestro conocimiento práctico, casos análogos a los supuestos teóricos de revisión de creencias y compatibles con ideas robustas de normatividad o vinculación de la conducta mediante reglas.

<sup>17</sup> Sobre el carácter inestable de las prioridades y la deriva de la jurisprudencia *ad hoc* en los Tribunales Constitucionales: H. Schneider, *Die Güteabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden, Nomos, 1979, p. 23; D. Grimm, *Il futuro della Costituzione*, en J. Luther et al. (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 162; R. Guastini, *Distinguiendo* (1996), Barcelona, Gedisa, 1999, p. 171. Nuestras primeras SSTC sobre el tema hablaban de una «necesaria y casuística ponderación»: STC 104/ 1986 de 17 de julio, FJ 5.

<sup>18</sup> La derrotabilidad de los principios se introduce, como un caballo de Troya, dentro de la muralla de las reglas. La imagen es de J. C. Bayón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 360 y ss.

<sup>19</sup> F. Schauer, cit., 84; C. Redondo, *Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso*, en “Doxa Discusiones”, 5, 2005, p. 159.